

担保保存義務に関する一考察

——判例・学説の推移（一三）——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 初期の判例・学説——動揺期
(以上本誌五六巻二号)
- 三 中期（大正・昭和初期）の判例・学説
——間接義務概念の導入・制度の位置付けの対立・民法第三九二条との交錯・特約論の登場・その他
「間接義務」概念の導入——ドイツ法の注入
(以上本誌五六巻三・四号)
- (1) 制度の位置付けの相違——柚木説と西村説を中心に
- (2) 民法第三九二条二項との制度的交錯——複雑化の新たな要因
- (3) 担保保存義務の免除特約論
- (4) その他の問題点
- (5) 小括——判例・学説の大枠形成
(以上本誌五七巻一号)
- 四 後期の判例・学説——企業法務の展開、判例・学説による制度の微調整
(以上本誌五七巻二号)
- (1) 特約論の重点化——議論の座標軸の変換
要件の「不確定要因」——判例・学説・金融実務家の主張からの抽出
(以上本誌五七巻二号)
- (2) 議論の擦れ違いとその背景——法的思考の視点から
- (3) 最近の判例・学説の動向とその到達点
- 五 免除特約の「援用制限」判決の出現——昭和五〇年代の高裁判決
(以上本誌五七巻二号)
- (1) 免除特約の「空洞化」の叫び——金融実務の反応、新たな学説

- (3) 最高裁平成二年判決の登場——重過失要件の追加 (以上本誌五七卷四号)
- (4) 懸念された問題の現実化——解除ケースの出現
- ① 最高裁平成七年判決の登場
- ② 最高裁平成七年判決の再検討——判例法理の到達点と残された課題 (以上本誌五八卷一号)
- (5) 免責効果の性質——判例・学説の到達点とその再検討
- ① 最高裁平成三年判決の分析
- ② 免責効果の再検討——担保保存義務制度の趣旨・原理部分から (以上本誌五八卷二号)
- (6) 民法三九二条二項との枠組みの「交錯」
- ① 判例・学説の推移 (以上本誌五八卷二号)
- ② 最高裁平成四年判決の再検討
- (7) 元本確定「前」の根抵当権者の担保保存義務
- ① 問題設定
- ② 学説・裁判例
- ③ 立法過程における議論——民法三九八条ノ七を中心に
- ④ 新根抵当法成立後の議論——学説・実務家の主張
- ⑤ 本問題の再検討 (以上本誌五八卷四号)
- (8) 任意売却処分過程でなされる根抵当権の放棄の「有効性」——担保保存義務との関係
- ① はじめに——問題設定
- ② 根抵当権の放棄——絶対的放棄の有効性
- ③ 任意売却処分有効性とその問題点の再検討 (以上本誌五九卷一号)
- (9) 担保物の価格下落——「担保権実行」の怠慢と担保保存義務違反
- ① はじめに——問題設定
- ② 初期の判例の動向——価格下落と担保保存義務違反
- ③ 学説の推移

- ④ 最近の裁判例の動向
- ⑤ 判例・学説の到達点——主な判定要素と問題点の再検討
(以上本誌五九卷二号)
- (10) 担保保存義務の対象となる担保の「時的範囲」
 - ① はじめに——問題設定
 - ② 立法過程における議論——ボアソナード民法草案の変更
 - (i) ボアソナード民法草案・旧民法
 - (ii) 現行民法の立法過程における議論
 - (iii) 変更内容の分析
 - ③ 学説の概要
 - (i) 初期の学説
 - (a) 期待保護説
 - (b) 制裁を重視する説
 - (ii) 最近の学説
 - (a) 期待保護説
 - (b) 制裁を重視する説
 - (c) 期待保護と制裁の両面を考慮する説
 - (iii) 小括——学説の主張の原理部分
- ④ 判例・下級審裁判例
 - (i) 大審院昭和八年判決
 - (ii) 福島地裁会津若松支部平成二二年判決の検討
 - (a) 福島地裁会津若松支部平成二二年判決の推論——理由付けを中心に
 - (b) 速報解説の内容とその分析
 - (c) 福島地裁会津若松支部平成二二年判決の分析
- ⑤ 担保の「時的範囲」の再検討
 - (i) 担保の「時的範囲」——担保保存義務制度の位置付けとの関係

- (a) 契約責任構成の場合
- (b) 不法行為的構成の場合
- (c) 信義則構成の場合
- (d) 特別規定構成の場合
- (ii) 免責効果発生のシミュレーション
 - 担保の時的範囲と民法五〇四条が規定する他の要件・要素の「組合せ」
 - (a) 三モデルのシミュレーション
 - (b) 三モデルの比較分析——民法五〇四条の制度設計の特性

(以上本号)

六
むすび

五 最近の判例・学説の動向とその到達点

(10) 担保保存義務の対象となる担保の「時的範囲」

① はじめに——問題設定

民法五〇四条は、「第五百条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなかった限度において、その責任を免れる。」と規定する。民法五〇四条は、「その担保を喪失し、又は減少させた」と定めるだけで、担保の時的範囲について規定しておらず（傍線筆者・以下同様）、同条における担保は、保証契約等の締結時にすでに存在した担保に限定されるか、それとも契約締結後に取得された担保も含まれるかについては明確でない。

民法五〇四条による免責は保証人が既存の担保への代位を「期待」して保証債務を負担したことに基づいて与えられる保護であるとすれば、同条における担保は、保証債務の負担時にすでに債権者の有した担保ということになりそうである（仏法型）。ところが、わが国の通説は、保証債務の負担「後」に生じた担保についても弁済と同時に代位できるとして、その後に生じた担保も含まれるとする。もともと、結論を根拠付ける理論には対立がある。その背景には、民法五〇四条の立法過程における担保保存義務制度の位置付けの変更がある。

そこで以下では、担保保存義務の対象となる担保の「時的範囲」に関する立法過程における議論、その後の学説・判例の推移を分析することにする。

② 立法過程における議論——ボアソナード民法草案の変更

(i) ボアソナード民法草案・旧民法

ボアソナードは、当初、保存すべき対象となる担保の時的範囲については、保証人などが契約締結時にすでに存在した担保だけを想定していた。そのことを示す証拠として、ボアソナード民法草案第五三四条は、初版・第二版においては、「債権者の質権または抵当権の放棄は、債権自体を減少させない。しかし、保証人が義務を負うに際してその担保への代位を期待していたことを証明するときは、その放棄は、保証人に債権者による自己の免責を請求する権利を付与する」と定めていた。ボアソナードは、当初の案においては、担保が保証契約締結時にすでに存在し代位が期待できることを前提とし、担保への代位の期待を保護する観点から、担保の時的範囲を限定していた。ところがこの点について、取調委員会における日本人委員からの強い異議を受けて、ボアソナードは保証契約締結の前後で区別する案を取り下げている（ボ民法草案・新版）。一旦得た代位権は債権者の行為によって奪われることはないという理由で、ボアソナードの当初の意向とは異なる設計に変更されている（旧民法財産編第五二二条はその旨の規定をおく）。この方針を受けて、ボアソナード民法草案第一〇四五条（保証の消滅）は、すでに第二版の段階

において担保の時的範囲を限定する文言を削除している（旧民法債権担保編第四十五条はその旨の規定をかく。なお債担第七二条・九一条二項も同様¹⁾）。

(ii) 現行民法の立法過程における議論

担保保存義務は、条文の位置・体系において、旧民法においては債務免除（財第五二条）、保証・連帯債務・不可分債務（債担第四五条・七二条・九一条二項）の所に別々に規定されていたが、富井委員は、これはいずれの場合も代位を妨げたという「制裁」にはかならないとして、代位の所に置くことにしたと説明している。

その上で、免責対象者の債務負担後に設定された担保が含まれるか（担保の時的範囲）について質疑がなされ、井上委員は、保証人が保証契約を締結した後に質権または抵当権などが設定され、それを債権者が故意または懈怠によつて喪失または減少したような場合には、本条は適用されないとするが、文言上は区別されていない以上はやはり適用されるのか、ただこの場合には、保証人は保証契約後に第三者が設定した質権や抵当権については少しも期待していないのではないかと質問している。これに対して、富井委員は、期待していないから保護するには及ばないとして明文規定を設けるのも一つの説であるが、本条では広く規定したので適用されると答えている。そこで井上委員は、それでは旧民法とは実質が異なっているように思うがそれはどうということなのかと質問している。これに対して、富井委員は、旧民法はそういう区別をしていないと答えたのに続いて、梅委員は、ボアソナード氏の説明にそのことが大変論じられてあるとし、フランスには担保提供の時的前後によつて区別する説があるがそうはいかない、なぜなら、はじめは期待していなくても、後に担保ができると安心をして期限が来ても催促をしなかったり、債権者が債権者からさらに長い期限を受けてもそれに対して保証人が異義を唱えないというように、保証人がそれについて債務者に一層信用を増すことになるからであると答えている²⁾。

(iii) 変更内容の分析

右のように、ボアソナードの当初案では、保証人などが契約締結時にすでに存在した担保だけを想定し、契約時に存在する担保への代位の期待を保護する制度設計であったが、その後の審議過程において、保存すべき対象となる担保の範囲が広げられ、契約締結後に設定された担保も対象とされる。ボアソナードは、担保保存義務制度を代位への「期待保護」制度と位置付けていた（仏民型）が、現行民法の審議過程においては、代位を阻止したことに對する「制裁」制度と位置付け直される。

担保保存義務制度は本来「保証人」を中心とする「信義則」上の制度であるが、代位の所に移し替えられ、免責対象者が拡大され、物上保証人・第三取得者等も含まれることになったため、債権者の「保証人」に對する「注意義務」という視点は消え、法定代位権者の弁済による代位の利益を保護する制度と捉えられることになる（原理的・位置付け部分の変更）。

(1) 辻博明「担保保存義務に関する一考察——民法第五〇四条の立法過程を中心に——」岡法五六卷一号三八—四三頁（平一八）。

(2) 同右・三六—三八頁。

③ 学説の概要

(i) 初期の学説

旧民法当時（明治二〇年代）の学説には、保証契約締結時に担保への代位の「期待」があることを前提とし、契約締結後に設定された担保が放棄されても損害はないとする主張が見られた（その趣旨においてボアソナードの当初案と同様¹⁾）。

ところが、現行民法の成立後はこのような主張は見られなくなる。民法五〇四条所定の担保には保証契約締結「後」に設定された担保も含まれるとする解釈が定着する。もつとも、その理論的な根拠については説の対立が残った。(a)代位者の期待保護の面から根拠付ける説と、(b)債権者に対する制裁の面を重視する説の対立である。

(a) 期待保護説

柚木説は、担保保存義務制度を代位への期待保護の面から位置付けるが、その一方で、担保の時的範囲を広く解する。その理由は、保証人は保証引受後に発生した担保にも弁済と同時に代位できるのであるから、代位のできる者の「期待」の対象であることに差異はないと主張する。² 柚木説は、期待保護説の立場をとるが、保証人は、自己の債務を弁済しさえすれば、保証契約締結後に発生した担保にも代位できる点を重視し、代位が期待できる担保の範囲を広く解する。

(b) 制裁を重視する説

しかし昭和一〇年代には、担保保存義務制度を債権者に対する「制裁」と位置付ける説が多数となる。この説は、債権者が恣意的に担保を喪失・減少させた場合、債権者のその過失に対する制裁として免責が認められると解する。債権者の故意または過失によって弁済者の代位の全部または一部を不能にしたこと、法律上代位権のある者を害したことへの制裁と捉える。よって、制裁の対象となる担保の時的範囲は広く解される。³

(ii) 最近の学説

戦後の学説および最近の学説も、民法五〇四条における担保には保証契約締結「後」に設定された担保も含まれるとするが、その根拠付けにおいて対立がある。右(a)(b)の構成だけでなく、(c)期待保護と制裁の両面を重視する説も見られる。

(a) 期待保護説

戦後は、期待保護説を正面から主張する者が少なくなるが、柚木博士は戦後も一貫して期待保護説の立場をとる（右(i)(a)）。⁽⁴⁾ そのような中、昭和四〇年代に入ると、期待保護の面を重視する有力説が新たに加わる。法定代位権者の有する「期待」の保護という点からすれば、その後に生じた担保についても弁済と同時に代位できるため、保証契約締結「後」に設定された担保も含まれるとする。⁽⁵⁾ なお最近では、代位は代位弁済の時点で確定しそれ以前は確定しただけであるので、保証人になつた後に債務者が抵当権を設定すればその時点で代位の「期待」が成立し、これは民法五〇四条で保護される対象となるとする説がある。⁽⁶⁾

(b) 制裁を重視する説

制裁の点を重視する説は、債権者はその担保を自由に喪失減少できるがそれによって代位できた者を害したときは、その不利益は債権者が負担すべきであるとする。保証契約「後」に設定された担保の喪失減少についても免責を認め、それは立法者の考えであるとする。⁽⁷⁾

(c) 期待保護と制裁の両面を考慮する説

これに対して最近、民法五〇四条は期待保護と制裁の二つの意義を持つとする説がある。同条の沿革を辿れば代位への期待保護を企図したものであるが、他方で、民法五〇四条は、解除権の消滅に関する民法五四八条一項におけると同様に、故意または過失により担保を喪失・減少させる行為をした債権者に対して不利益を負担させるという不法行為責任的な規定であるという制裁の面をも持つとする。⁽⁸⁾

(iii) 小括——学説の主張の原理部分

現行民法の立法過程の前と後で、民法五〇四条の解釈に変化が見られる。旧民法時代の学説には、担保の時的範囲を制限する主張があり、ポアソナードの当初案に近い内容であるが、その一方で、制裁面を考慮する考え方も見

られ、動揺がみられる。その後、現行民法五〇四条の立法過程において、制裁面を重視する方向にシフトし、担保の範囲を広く解するという結論だけが通説化していく。しかし、理論的な面は詰めきれていない。

制裁論の根拠、担保保存義務の性質、制度の位置付けについての分析がない。多くの説は、担保保存義務制度を弁済者代位制度の枠内だけで議論している。これに対して、少数ではあるが、担保保存義務制度を保証人を中心とした信義則上の制度と捉える説がある。⁽⁹⁾ 原理部分の捉え方の違いによって、その制度の奥行き・広がりが全く異なってくる。

- (1) 井上正一・民法「明治三三年」正義財産編第二部卷之一（日本立法資料全集別巻56、平七復刻）二五六―二五九頁、磯部四郎・民法「明治三三年」釈義財産編第二部人権及ヒ義務（下）（日本立法資料全集別巻84、平九復刻）二二二丁以下。
- (2) 柚木馨「債権者の担保喪失に因る代位弁済者の免責」民商一卷一九一頁（昭一〇）。近藤英吉・論叢三〇巻四号一三二頁（判研）（昭九）は①②に分けて分析する（①保証の引受当時に、別の人的または物的担保が設定されているか、または債権者に過失がなければ容易にこれらの担保を取得できる事情があることを知っている場合、これらの担保を喪失または減少し、あるいは容易に取得できる担保を取得しなかったときは、保証人の信頼を裏切ることになるため、両者を区別すべきでない。②保証を引き受けた後は、債権者が有効に取得した人的または物的担保のみ担保となる。保証を引き受け後の担保でも、弁済と同時に代位できるから、その範囲で担保保存義務を負う。）。
- (3) 梅謙次郎・民法原理 債権総論・完（明三五）（復刻版、平四）七七八頁、富井政章・債権総論完（大三）（復刻版、平六）二七六頁、石坂晋四郎・日本民法・債権総論中巻（大一一〇）一〇三七頁、中島玉吉・債権総論（昭三）三五九頁、石田文次郎・債権総論講義（昭一五）二九三頁。
- (4) 柚木馨・判例債権法総論 下巻二八一頁（有斐閣、昭二六）、柚木馨・判例債権法総論（高木多喜男・補訂版）四六五―四六六頁（昭四六）四六五―四六六頁。
- (5) 石田喜久夫・注釈民法（債権3）（磯村哲編）（昭四五）三六〇頁。
- (6) 平野裕之・債権総論（プラクティス・シリーズ）九五頁（平一七）。
- (7) 前田達明・口述債権総論（第三版）四八三―四八四頁（平五）、西村信雄・継続的保証の研究（昭二七）二二四頁、二二二頁。

- (8) 潮見佳男・債権総論Ⅱ(第三版) 三三四頁(平一七)(潮見分析はこのような二つの意義の併存を認めたものとして右【35】判決、梅説(民法要義)、我妻説、星野説を挙げる)、中田裕康・債権総論三四八―三四九頁(平二〇)。
- (9) 西村・前掲注(7)二三〇―二三二頁、星野英一・民法概論Ⅲ(債権総論・補訂版)二六四頁(平四)。

④ 判例・下級審裁判例

(i) 大審院昭和八年判決

【35】大判昭八・九・二九民集一二・二四四三は、「民法第五百四条ハ保証債務負担後ニ始メテ担保ヲ生シタル場合ニモ其ノ適用アリト解スル」とする。【35】判決は、民法五〇四条における担保の時的範囲について言及した最上級審の判例として、右の部分が体系書等において引用される。もともと、【35】判決は担保物が価格下落した場合に民法五〇四条の適用があるかが争われた事案であり、同判決における担保の時的範囲についての判断は「傍論」である。【35】判決の概要…XがAに金員を貸与し、その担保としてその所有家屋に抵当権を設定し、Yの先代Bが保証人となった。その債務は履行期到来時には抵当物の価格は大体債務を完済できるものであったが、Xは抵当権の実行をなさず、実行したときには経済変動により著しく価格下落し、Aはその間全く利息も不払いであったため、元利合計が予想外に多額となり、保証人Bを承継したYの負担が増加した。保証債務の履行請求に対して、Yは民法五〇四条による免責を主張した事案である。

なお、初期の控訴院判決には、代位の期待保護を重視する【5】長崎控判明四二・六・一八新聞五八七・一一がある。【5】判決は、債権者が抵当権を放棄した時の第三取得者からその後抵当不動産を取得した者が民法五〇四条による免責を主張した事案である。【5】判決は、担保減少後に担保物を取得した第三取得者は、その取得当時に債権者が別に担保を減少したことを知っていたかどうかを問わず取得「前」に債権者の担保減少によってその利益を害されるものとは認められないとし、民法五〇四条による免責主張を否定している。【5】判決は、契約時に存在し

なかつた担保への代位の期待はないとみている。担保への代位の「期待」の有無を免責の主たる要件としており、ボアソナードの当初案に近い考え方である。しかし、その後の判例は「制裁」に軸足をおく解釈をとるようになる。

(ii) 福島地裁会津若松支部平成二二年判決の検討

【35】大審院判決の後、担保の時的範囲について判断する判決はなかつた。近時、下級審裁判例ではあるが、【113】福島地会津若松支判平一二・五・三〇判タ一一〇四・一八八は、担保保存義務の対象となる担保の「時的範囲」について正面から判断した戦後唯一の事案である。以下では、【113】判決の概観し、その意義を検討し、担保の時的範囲とその理論的根拠について再検討する。

【113】判決によると、石油製品の卸売商X社は、Aとの間に不動産・給油所付帯設備一式を賃貸し、石油類製品等の特約販売契約を締結した。Yは、Aの右債務について連帯保証した。Xは、Aに対する債権等を担保するためB所有の土地建物に根抵当権を設定したが、X代表者夫妻甲乙は、Bから右土地建物を買受けた。その後、Xは甲乙のために本件根抵当権を放棄した。Aが債務の履行をしなかつたので、Xは連帯保証人であるYに対し、Aに対する売掛金等について保証債務の履行を請求した。これに対して、Yは、民法五〇四条による免責等を主張した。なお、本件根抵当権が、Yが連帯保証したのよりも後になされたものであることは当事者間に争いがなく（本件事案では、X社の代表者甲乙がBから右土地建物を買受けたその代金を債務の弁済に充てたとの主張があり担保の放棄の認定が問題となり、担保喪失の意味、Xの故意・過失の有無等も争点となっているが、本研究のテーマである担保の時的範囲に絞って分析する。）

【113】判決は、担保保存義務の対象となる担保の「時的範囲」について、次のように判示し、担保権の設定「前」に保証をした者も民法五〇四条の適用を受けるとした。

「同条は『第五百条ノ規定ニ依リテ代位ヲ為スベキ者アル場合ニ於イテ』とのみ規定し、文言上、保証契約の締

結など代位権を取得すべき行為の時期が担保権の設定時期の前であるか後であるかを問題にしていない。また、担保権の設定前に保証人となった者も『弁済ヲ為スニ付キ正当ノ利益ヲ有スル者』として民法五〇〇条の代位権者と解される。そうすると、保証人となったときに、当該被保証債権について担保権の設定がなされておらず、後に担保権が設定された場合であっても、保証人としては、保証債務を履行した後、当該担保権に代位できるものと期待しているというべきであり、こうした期待は法的にも保護すべきである。一方、右のような保証人と比較し、あえて担保権を喪失ないし減少させるという自己に不利な行為を行った担保権者を保護すべき理由に乏しい。

これらの点を総合すると、本件のYのように担保権の設定前に保証をした者も民法五〇〇条の適用を受けると解すべきである。」

(a) 福島地裁会津若松支部平成一二年判決の推論——理由付けを中心に

【113】判決は、担保権の設定前に保証人となった者も民法五〇〇条の適用を受けるとする。問題はその理由付けである。民法五〇〇条の規定自体は保証契約の締結など代位権を取得すべき行為の時期が担保権の設定時期の前か後かを問題とせず、担保権の設定前に保証人となった者も法定代位権者と解されていることからすると、担保権の設定前に保証人となった者も「保証債務を履行した後その担保権に代位できるものと期待しているというべきであり、こうした期待は法的にも保護すべきである」とし、それに対して、担保権者はあえて担保権の喪失・減少という自己に不利な行為を行っており保護すべき理由に乏しいとする。なお、【113】判決は、【35】判決を引用していない。

(b) 速報解説の内容とその分析

【113】判決の速報解説は、債権者の担保保存義務を定める民法五〇〇条は、法定代位をなし得る者を保護し、求償権を確保させるためのものと解されているとし、保証人が、質権・抵当権によって担保された債務につき、自分

が弁済しても債権者の有する質権・抵当権に代位して確実に債務者から求償できると考えて保証人になったのに、債権者が自由に質権・抵当権を放棄することができるとすれば、保証人の期待が裏切られることになるからであるとする。⁽¹⁾速報解説は、参照文献として、期待保護の面から理論展開する注釈民法（石田説…先述③(ii)(a)）を引用する。それに加えて、奥田昌道・債権総論（増補）も挙げるが、担保保存義務を *Obliegenheit* によって根拠付ける部分には触れない（*Obliegenheit* は違反すると損害賠償責任は発生しないが免責効果を生ずるドイツ法系特有の概念（筆者・注記））。

(1) 速報解説・判タ二一〇四号一八八頁。

(c) 福島地裁会津若松支部平成二二年判決の分析

【113】判決は、その前半部分において、「保証人となったときに、当該被保証債権について担保権の設定がなされておらず、後に担保権が設定された場合であっても、保証人としては、保証債務を履行した後、当該担保権に代位できるものと期待しているというべき」とする。判示の前半部分は、保証人の代位への期待保護の面からの理由付けである（石田注釈に沿った理由付け）。しかし、同判決はそれに続いて、「右のような保証人と比較し、あえて担保権を喪失ないし減少させるという自己に不利な行為を行った担保権者を保護すべき理由に乏しい」とする。判示の後半部分は、債権者が自ら獲得した権利をあえて放棄するという「矛盾行為」を行ったことに対する制裁の面から理由付けている。期待保護説だけでも同様の結論を導くことは可能であるが、福島地裁会津若松支部平成二二年判決は、代位の期待保護の面だけでなく制裁の面を挙げる点で注目される。

なお、【113】判決は根抵当権が放棄された事案である。根抵当権については、元本の確定前に保証人等が弁済しても代位できない（民法三九八条の七第一項）（先述(7)元本確定前の根抵当権者の担保保存義務）。【113】判決は、この点についてあいまいである。

⑤ 担保の「時的範囲」の再検討

そこで最後に、担保の時的範囲を裏付ける理論的根拠について再検討する。

(i) 担保の「時的範囲」——担保保存義務制度の位置付けとの関係

(a) 契約責任構成の場合

まず、民法五〇四条における免責を、債権者の「契約上」の責任に基づく効果と根拠付けることが考えられる。保証人は保証引受の際に存在した担保への代位を「期待」して契約しており、債権者はその担保を維持し保全する責任がある。契約責任構成は、担保の時的範囲を保証契約時に存在した担保と説明することが無理なくできる。しかし、わが国における担保保存義務制度を契約責任構成だけで根拠付けることは難しい。現行民法の立法過程において、民法五〇四条における免責対象者の範囲が保証人+αから法定代位権者全般にまで拡大されたため、保証人とは異質な後順位担保権者も含まれることになった。また、第三取得者のように、債権者との間に契約関係のない者もあり、その免責効果を契約上の責任だけで根拠付けることは難しい。

(b) 不法行為的構成の場合

次に、債権者は、担保を喪失減少することによって、第三取得者等の代位の利益を違法に「侵害」している。第三取得者・後順位担保権者の免責は、一種の「不法行為的」な責任に基づく効果と根拠付けることができる。この根拠付けは免責を「制裁」と捉える説となじみやすい。免責を制裁とみるならば、担保の時的範囲に制限を設ける必要はない。民法五〇四条の構造、従来の判例・学説の議論を分析すると、期待保護の面と制裁の面とが併存する。これは、ボアソナードが期待保護を重視する案を示したのに対して、現行民法の立法過程において原案が変更され、制裁の面が強調されたことに起因する。

(c) 信義則構成の場合

富井委員の解説(先述②(ii))から分かるように、元々は保証等の所に置かれていた規定を、弁済による代位の所にまとめて置いたのが民法五〇四条である。しかし、担保保存義務制度は、その沿革・原理部分から分析すると、弁済による代位を補完する制度ではなく、保証人を中心とする「信義則」に基づく制度であり、債権者の「注意義務」に関わる制度である。保証人等の免責は、信義則に反する行為を行った債権者に対する制裁である。信義則構成によれば、担保の時的範囲は保証契約の締結の前後で区別する必要はない。ただし、期待保護を重視するならば、担保の時的範囲を狭く解する構成をとることも可能である。

なお、保証は「片務契約」である。この点を厳格に解釈すると、義務を負うのは保証人だけで債権者は一切義務を負わないことになる。このような解釈を延長すると、保証人は他人の債務の履行を対価もなしに一方的に負わされるにもかかわらず、債権者は保証人に対して一切配慮する必要はなく、たとえば保証人の命綱である求償手段を奪って一切責めを負わないことになる。このような内容の契約があるとすれば、公序良俗にも反する可能性がある。片務契約概念の呪縛から保証契約を解き放ち、信義則に違反する場合には例外的に債権者の注意義務を認めるか、さらに一歩進んで保証契約の双務契約性を認めるべきであると思われる。比較法的に注目される点である。

(d) 特別規定構成の場合

他方、債権者の義務を認めることに消極的な立場によれば、民法五〇四条は保証人等の代位期待を例外的に保護する「特別規定」と位置付けられる(独民型)。特別規定であるから、その規定の趣旨によって担保の範囲が決まることになる。この立場をとっても、担保の範囲を広くする構成はありうる。

以上の構成を比較検討すると、民法五〇四条の規定内容・位置を前提とすれば、(a)(b)を組み合わせる構成が現実的であると思われるが、制度の沿革、民法体系および理論的観点からは、担保保存義務の原理部分に忠実な(c)信義

則構成が最も妥当であると思われる。

(ii) 免責効果発生シミュレーション——担保の時的範囲と民法五〇四条が規定する他の要件・要素の「組合せ」

(a) 三モデルのシミュレーション

民法五〇四条の要件を構成する要素には、免責効果を積極的に根拠付ける方向に働く要素(□印の要素)と、免責効果の発生を阻止する方向に働く要素(□印の要素)とがある。それらの要素の組合せによっては、免責効果が容易に発生する制度設計が可能であり、逆に、免責効果が発生しにくい制度とすることも可能である。判例・学説を分析すると、債権者の過失の有無を判定する具体的要素と担保の喪失・減少とを総合的に判断し、そこから規範的評価を行っている。担保の時的範囲も判断要素の一つである。

そこで、担保の時的範囲と他の要素の組合せモデルとして、ここで三つのモデルを想定し、免責効果の発生をシミュレーションことにする。

【モデルA】

担保保存義務の対象となる担保の「時的範囲」に制限を設けない。担保保存義務の要件を充足すれば直ちに免責効果が発生する。担保の喪失・減少は債権者が意図的に行った場合に限定する。免責対象者の範囲を保証人または物上保証人に限定する。担保保存義務免除特約の効力を認める。このモデルを「A型」と呼ぶことにする。A型で考慮されている要素の性質を□印と□印を用いて記すと、次のようになる。

A型「①□担保の範囲につき時的制限なし」②□担保の喪失・減少を故意・作為による場合に限定」③□免除特約有効」④□当然免責方式」⑤□免責対象者を保証人に限定」

【モデルB】

担保保存義務の対象となる担保を保証契約締結時にすでに存在したものに限定する。免責対象者を保証人に限定する。免責効果は当然には発生せず保証人が免責請求しかつ免責の必要性があると判定されることを要する。担保の喪失・減少は債権者の不注意または不作為による場合も含める。免除特約の設定を認めない。このモデルをB型と呼ぶことにする。B型で考慮されている要素の性質を田印と□印を用いて記すと、次のようになる。

B型 [①田担保の範囲を既存の担保に制限] [②田過失・不作為でも要件充足] [③田免責特約不可] [④田免責請求方式] [⑤田免責対象者を保証人に限定]

【モデルC】

担保保存義務の対象となる担保の時的範囲に制限を設けない。免責対象者の範囲を法定代位権者全般とする。担保保存義務の要件を充足すれば直ちに免責効果が発生する。担保の喪失・減少は債権者の不注意または不作為による場合も含める。担保保存義務免除特約を原則として有効とする。

C型 [①田担保の範囲につき時的制限なし] [②田過失・不作為でも要件充足] [③田免除特約を原則有効] [④田当然免責方式] [⑤田免責対象者の範囲が非常に広い]

(b) 三モデルの比較分析——民法五〇四条の制度設計の特性

そこで、三モデルを比較分析し、最後に、免責効果の「発生度」(発生しやすさ)の面から、民法五〇四条の制度

設計、判例・学説を再検討する。

A型では、田要素は二個、目要素は三個である。B型も、田要素は二個、目要素は三個である。これに対して、C型は、田要素が四個もあるが、目要素は一個で、しかもそれは「免除特約」だけである。A型は経済活動の自由を考慮する設計であるのに対して、B型は保証人の利益保護を優先し、免除特約の設定を認めない設計である。A型とB型は制度設計が異なるが、免責効果の発生の面から要素の組合せをみると差はない。これに対して、C型は、構成要素に偏りがあり、免責効果を積極的に根拠付ける方向に働く田要素が多い。

それでは、民法五〇四条はどのモデルに属するのだろうか。A型やB型ではない。民法五〇四条はC型である。民法五〇四条が無償・片務的に責任を負わされる保証人（有限責任の物上保証人を含めてもよいと解する）だけに適用される設計であれば、免責が発生しやすい設計でも合理性があるが、同条は保証とは性質の全く異なるものまで保証と同じ扱いをして免責を認める。わが国の金融実務ではこれまで免除特約が多用されてきたが、その背景には免責効果が極めて容易に広汎に発生する民法五〇四条の制度設計が影響していると思われる。問題は、過剰とも思える免除特約への依存によって、①少なくとも保証人だけでは決して奪うことのできない免責効果を奪ってしまったこと、②免除特約による制度の外側での免責効果の調整は、最高裁判平成七年判決が示す解決困難な重い課題を残したことである（先述五④）。制度のモデル分析から、①②の点を正面から分析し指摘する見解はこれまでなかったのではないだろうか。